

¿CIENCIA O TÉCNICA DEL DERECHO?

1. Significado y valor de la controversia metodológica en el siglo XIX.—2. La tradición jurídica italiana.—3. Superación de la distinción entre ciencia y técnica: La técnica jurídica y la ciencia del Derecho. La ciencia jurídica como ciencia práctica.

I. VALOR Y SIGNIFICADO DE LA CONTROVERSIA METODOLÓGICA EN EL SIGLO XIX

La especulación jurídica ha llegado por muy diversas vías a la distinción entre ciencia y técnica del Derecho y a la escisión entre actividad teórica y actividad práctica; pero tal distinción está esencialmente vinculada a las vicisitudes del positivismo jurídico decimonónico; el cual, desembocando en un sociologismo insistía en el lado evolucionista y, por tanto, *relativo del Derecho*, que perdía la fe en las constantes que le habían sido infundidas por el iusnaturalismo. No se contuvo dentro de unas justos límites una lucha dirigida contra algunos principios (normativos) de la filosofía del siglo precedente y, por consiguiente, amenazó con transformarse en la negación de todo principio y, consecuentemente, en la renuncia a un saber científico.

Haciendo esto se va desconociendo la especificidad y la autonomía de la experiencia jurídica, reducida a fuerza (experiencia política) o a utilidad (experiencia económica). Tal es el significado de la identificación de la actividad tradicional del jurista con la mera técnica y de la norma con la forma adaptable a cualquier contenido histórico; este relativismo —nótese— estaba ya implícito, por lo demás, en el positivismo de la escuela exegética. Pero en la realidad no correspondía la actividad del jurista continental a tal esquema: ésta, por causa de una larga permanencia histórica del objeto de investigación (el *Corpus Juris*) (1), se identificaba con la interpretación jurí-

(1) Sobre los fundamentos históricos de la lógica del jurista, cfr. la obra fundamental de E. EHRLICH, *Die juristische Logik*, Tübingen, 1925, en particular el primer capítulo.

dica, actividad que no se reduce a unas pocas reglas de exegética, sino que se desarrolla según principios, que tiene sus cánones metodológicos, que tiene su certeza y que aspira, por tanto, a la calificación y a la dignidad de Ciencia.

Y en tal caso, el problema que aquí nos interesa analizar seriamente es la medida en que tal distinción ha penetrado en la técnica interpretativa del jurista (dejando sin prejuzgar por el momento la cuestión de si se trata de una mera técnica o de una ciencia); somos conducidos así al terreno de la dogmática jurídica, o sea de aquella representación conceptual y sistemática del fenómeno jurídico, que es indispensable al jurista en su actividad cognoscitiva e interpretativa del Derecho. Tal vez para resolver una dificultad terminológica la ciencia alemana (2) la denomina *Rechtslehre* y la distingue de la *Rechtswissenschaft*, o sea de la ciencia jurídica, absolutamente libre de toda finalidad práctica: en realidad, la dogmática jurídica, además de ser un «complejo de conceptos y de principios», tiene también la función *práctica* de «andamiaje de valores» (Betti) para orientar al jurista en la interpretación.

Ahora bien, la dogmática jurídica ha surgido en el terreno del positivismo jurídico y de su pretensión antifilosófica de sustituir los principios iusnaturalistas con una ciencia jurídica positiva, concebida como la forma más alta de especulación filosóficojurídica: Ihering afirmaba que la filosofía iusnaturalista «en cuanto se considera la suma de filosofía que en ella se manifiesta no podía rivalizar con la dogmática» (3). Pero el término «dogmática» ya existía en la terminología jurídica y parece introducido propiamente por aquella escuela filosófica con la que, primero el historicismo jurídico y sucesivamente el positivismo, intentaban ponerse en oposición: estudio dogmático para la escuela filosófica significaba esencialmente investigación de principios fijos e inalterables y, por tanto, estudio formal del Derecho.

Como veremos, a esta confusión terminológica corresponde una

(2) E. MEZGER: «Der Begriff der Rechtsquelle», en *Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt*, pág. 28: Sie (die Rechtslehre) ist eben keine reine «Wissenschaft», sie ist eine Kunst der Rechtsanwendung, eine *Ars boni et aequi*. Anders die Rechtswissenschaft im strengen Sinne. Der Begriff der Rechtswissenschaft kann weder aus der Geschichte noch aus der Konvention, sondern nur aus sich selbst, aus kritischer Selbstbesinnung gewonnen werden.

(3) Cit. en R. ORESTANO: *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. Turín, 1954; pág. 37.

confusión sustancial; si de hecho el positivismo, concebido como una posición especulativa, pensaba haber infringido los principios iusnaturalistas, fueron justamente estos principios los que lentamente se insinuaron en la ciencia jurídica del siglo XIX, determinando una contradicción con las premisas teóricas del positivismo.

Si no se tiene presente la doble tradición, filosófica y científica, de la dogmática jurídica, no se percibe una cierta conexión advertida normalmente (4) entre sistemática y iusnaturalismo y la intolerancia de la sistemática para los presupuestos del positivismo y, en particular, para la estatalidad del Derecho. Y así se explica cómo se puede hablar de sistemática del Derecho romano, del *Common law*, etc.

Se recuerda, en realidad, que la dogmática jurídica, obra sobre todo de los pandectistas alemanes, viene a incorporar los valores individualistas proclamados por la filosofía iusnaturalista del siglo precedente. Ella se apoyó en el concepto de derecho subjetivo, elaborado por el racionalismo del siglo XVIII, sobre el cual construyó la teoría del negocio jurídico, expresión del principio de la autonomía de la voluntad del individuo: y esto —nótese— en contraste con la atmósfera general de la especulación que había desviado el interés hacia el lado colectivista del Derecho, por el que tuvo que sufrir la teoría del negocio jurídico. Ella implicaba, de hecho, una postura individualista en cuanto representaba «la actuación de la libertad privada en la esfera pública» (5). Ha sido indudablemente una gran fortuna para la ciencia continental el haber absorbido a través de la construcción del negocio jurídico, aquellos valores constitutivos de la experiencia jurídica que esta última sobreentendía. A propósito de la teoría del negocio jurídico llamaba recientemente la atención Stolfi sobre la «sorprendente concordancia de pensamiento entre los filósofos y los juristas», dado que parecía que los últimos no tuviesen otra mira «sino la de hacer añicos la ideología del Derecho eterno y racional activada por los primeros, para contraponerle la historicidad del Derecho positivo» (6).

El mismo razonamiento podría hacerse también a propósito de todas las demás construcciones de la escuela filosófica: también ellas fueron tomadas por la pandectística, bien que entendidas con finalidades diversas; en tanto que estas categorías (*sujeto, objeto, ad-*

(4) Por ejemplo, a propósito de los principios generales del Derecho.

(5) HUGO: *Institutionen des heut. röm. Rechts*, II, § 29; cit. en G. STOLFI: *Teoria del negozio giuridico*. Padua, 1947; pág. XI.

(6) G. STOLFI: *Op. cit.*, *ibid.*

quisición y pérdida de los derechos, etc.) habían sido entendidas en sentido puramente formal, o sea, sin ninguna relación con el contenido concreto, la escuela histórica pretendía investigarlas en el dato, es decir, en el orden connatural al Derecho entendido como un organismo viviente. Se ha hecho notar muchas veces cómo el sistema de Heise ha sido imitado por muchos maestros de la escuela histórica, comenzando por el mismo Savigny (7).

Cuando después el historicismo jurídico se subsumió en el positivismo, transmitió a este último aquellas categorías que a su vez había recibido de la escuela filosófica y que había llevado a un alto nivel de abstracción (y podríamos decir que de verificación histórica en cuanto que había controlado la validez de ellas sobre el más desarrollado derecho de la antigüedad). Es interesante por eso notar que mientras el positivismo afirmaba que las mismas categorías habían sido extraídas inductivamente de la experiencia, y por tanto eran *a posteriori*, en realidad eran el resultado de las abstracciones de la escuela filosófica. Y en esta compleja tradición de la dogmática, filosófica y científica, está a nuestro parecer el valor que tiene para entender otras experiencias.

Tiene en realidad un *contenido*, o sea valores de una larga tradición: frente a sus afirmaciones de positividad y de tecnicismo es preciso andar precavidos y colocarse en un plano crítico con el fin de examinar el procedimiento a través del cual ha absorbido los valores de la experiencia jurídica, para descubrir las intuiciones filosóficas que están en la base de su trabajo. Como hemos indicado, existe una cierta conexión entre los valores constitutivos del iusnaturalismo y las categorías de la dogmática jurídica, donde se cristalizaron los primeros. La consecuencia fué que el formalismo de los juristas se enriqueció con un *contenido* propio, específico, por el que se ha puesto en la era moderna como *límite* a la voluntad y al arbitrio del Estado (8).

(7) G. SOLARI: *Storicismo e diritto privato*. Turín, 1940; pág. 46: «En sus partes esenciales el sistema de Heise, confortado por la gran autoridad de SAVIGNY que lo toma como guía en sus lecciones, se convierte en el esquema en cuyo torno la ciencia del Derecho privado y la práctica jurídica se desarrollaron en Alemania en la primera mitad del siglo XIX y tuvo solemne consagración en el Código civil alemán.»

(8) S. PUGLIATTI: «La giurisprudenza come scienza pratica», en *Riv. It. per le Scienze Giuridiche*, 1950, pág. 50. PUGLIATTI, después de haber observado las dos tendencias de la ciencia jurídica: hacia una irracional e incontrolada apolo-

Nos vemos así conducidos al corazón de la investigación que nos hemos propuesto: la observación, desde dentro, del trabajo de la ciencia jurídica, observación que constituye el motivo dominante de toda la especulación filosófico-jurídica de Capograssi (9); a tal fin es necesaria una postura cauta y respetuosa frente a la ciencia del Derecho, que es el resultado de una larga y gloriosa tradición histórica, renunciando a cualquier pretensión de reformarla o de violentarla con esquemas recibidos del exterior o de otras ciencias. Para darse cuenta de la naturaleza de esta disciplina es oportuno sobre todo observarla, sin tomar posición sobre la base de una determinada filosofía en torno al problema de si se trata de ciencia o de técnica. Así, del examen de la controversia metodológica entre la *Begriffsjurisprudenz* y la *Interessenjurisprudenz*, emerge, nos parece, una conclusión cierta: y es que hemos heredado del siglo decimonono un concepto de ciencia jurídica válido para los juristas, o sea para los que operan en el campo del Derecho sea con finalidad teórica (como en el caso del sistemático), sea con finalidad práctica (como en el caso del intérprete). Entendida en tal modo la ciencia jurídica, creemos poder afirmar que las tentativas de superposición de otros esquemas para hacer más «científica» la actividad del jurista han surtido efectos limitados. La distinción entre ciencia y técnica no ha penetrado en la ciencia jurídica europea (10), o mejor, en la medida que se podía prever; y si el término técnica jurídica ha sido introducido en el lenguaje jurídico, es en realidad equivalente al de ciencia: la observación, como veremos, vale sobre todo para la ciencia jurídica de nuestro país.

Pertenece justamente a la *Interessenjurisprudenz* el mérito de haber evidenciado la existencia de una ciencia de los juristas, que se

gética y hacia la rarificación de las formas conceptuales, ha observado que esta última tendencia «consintió a los cultivadores de la ciencia jurídica oponer una barrera formal a las reiteradas y siempre más insistentes tentativas de sobrepujamiento por parte de los neófitos entusiastas de la otra manera; y al mismo tiempo constituyó una rémora y un freno en orden a la aplicación de los nuevos principios y de las nuevas formas a las que pudo imponer frenos y desviaciones que en parte contuvieron sus impulsos y las impidieron actuaciones extremas.»

(9) Cfr. en particular G. CAPOGRASSI: *Il problema della scienza del diritto*. Roma, 1937.

(10) Preocupaciones por este tecnicismo existen en C. SCHMITT, *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1949. Según E. ALLORIO, «Scienza giuridica europea», *Jus*, 1952, pág. 433, elemento característico de la ciencia jurídica continental es la «sistematicidad».

identifica con la «ciencia jurídica dogmática», cuyo principal objetivo es la decisión de los casos jurídicos: es esencialmente una doctrina del hacer, del *πράττειν* y por tanto es una ciencia *práctica*, aplicada (11). Probablemente es perjudicial para esta escuela la radicalidad de algunas posiciones en abierto contraste con la tradición y, sobre todo, una comprensión no siempre exacta del valor de la sistemática. Esta escuela se basaba sobre todo en la enseñanza de Ihering (12), según la cual es el fin a que tiende el ordenamiento jurídico el que domina y determina el Derecho en su desenvolvimiento. Pero, prosiguiendo por este camino, no se ha atrevido a darnos una teoría de los fines que, por supuesto, la habría excluido en realidad del número de las ciencias jurídicas empujándola hacia las ciencias políticas; por otro lado, la ambigüedad de su postura no le ha permitido darnos, como ya ha sido observado (13), tratados de amplios alcances.

Sin embargo, salvando estas críticas, no debe olvidarse el mérito de la *Interessenjurisprudenz* por el reconocimiento de la importancia y de la ineliminabilidad de los conceptos jurídicos (14) y por haber puesto en evidencia el lado *práctico* de la jurisprudencia. Sin embargo, ignorando que una cosa es la *práctica* y otra una *ciencia práctica*, ha visto sólo los principios normativos y no ha sabido afrontar adecuadamente el problema del valor, vinculándose sustancialmente a principios filosóficos irracionalistas (15).

Como prueba, empero, de la superioridad de la *Interessenjurisprudenz* respecto a otras corrientes antiformalistas, para permanecer en el plano de la ciencia jurídica, debe recordarse que ha ignorado la distinción entre ciencia y técnica; de ello es testimonio la defensa de la peculiaridad de la ciencia jurídica por parte de Heck contra

(11) Ph. HECK: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, capítulo 1, § 2.

(12) *Der Zweck im Recht*, 4.^a ed., Leipzig, 1904.

(13) E. ALLORIO: *La vita del diritto in Italia*, cit., pág. 60.

(14) M. RUMELIN: *Juristische Begriffsbildung*, 1878; ELTZBACHER: *Ueber Rechtsbegriffe*, 1900; STOLL: *Begriff und Konstruktion in der Interessenjurisprudenz* (Supl. «Archiv für die civilistische Praxis», 1931); ISAY: *Die Methode der Interessenjurisprudenz*, «Archiv.», 1933. Para una colección de los escritos más significativos de esta corriente, cfr. la trad. ingl.: *The jurisprudence of interests*, Harvard, 1948.

(15) Sobre el teleologismo en general, cfr. R. TREVES: «Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto», *Riv. Intern. Fil. Dir.*, 1940, páginas 545 y siguientes.

los ataques promovidos por Kretschmar (16). Estos, sosteniendo el principio de la ciencia por la ciencia, o sea de la distinción neta entre actividad teórica y actividad práctica, acababan convirtiendo la jurisprudencia en una mera técnica. Para Heck, por el contrario, la distinción no venía dada abstractamente por medio de deducciones del significado original del *scire*, como quería Kretschmar, sino en base de la Historia, que nos prueba la existencia de ciencias aplicadas, entre las que debe contarse la jurídica. Aunque una tal distinción fuese válida —observaba Heck— «no se debería permitir que el apelativo de técnica aboliese la jurisprudencia práctica y ni siquiera influyese en su método»; no es lícito, en suma, «interferir a la jurisprudencia práctica» (*ibid*), o sea no se le pueden imponer esquemas arbitrarios: una ciencia de generalización de los fenómenos jurídicos (como es la augurada por Kretschmar) se transformaría en una sociología jurídica.

Esta defensa de la ciencia jurídica y de su carácter peculiar constituye, además, un motivo intermitente en el tratamiento de los más importantes y sensibles expositores de la *Interessenjurisprudenz*, que han contribuido así a delimitar nuestro campo de investigación y a asegurar, en una época que tiende a subvertir los valores, la continuidad de una antigua creencia que el jurista tiene todavía hoy que tener: que debe concedérsele considerar su propia disciplina como ciencia (17).

Por este motivo, a nuestro modesto juicio debería llamarse la atención sobre los aspectos comunes, sobre las identidades que, quizá inconscientemente, ligaban la *Interessenjurisprudenz* a la escuela clásica a la que pretendía oponerse. En realidad, los motivos de disensión sobre muchas cuestiones eran limitados: ¿no había la nueva escuela identificado la «jurisprudencia práctica» con la tradicional «ciencia jurídica dogmática»? Y el mismo Heck, de hecho, nos recuerda que la afirmación del carácter *práctico* de la ciencia jurídica se da en los más insignes representantes de la escuela dogmática, y nos recuerda a tal propósito el discurso rectoral de Windscheid, en el que abiertamente proclamó que la jurídica es una ciencia práctica (18).

(16) P. KRETSCHMAR: «Grundfragen der Privatrechtmethoden», 1917, *Jherings Jahrb.*, vol. 67, pág. 233.

(17) S. PUGLIATTI: Op. cit., pág. 53: «Al jurista debe consentírsele entre tanto considerar su disciplina como ciencia.»

(18) WINDSCHEID: *Gesammelte Reden u. Abhandlungen*. Leipzig, 1904; página 106: «Die Rechtswissenschaft ist eine praktische Wissenschaft.»

Entonces, ¿en qué se basaba propiamente el desacuerdo? En el modo de entender una ciencia práctica como es el Derecho. La escuela clásica había exagerado en la atribución de un valor absoluto a los conceptos jurídicos, individuando una parte siempre más formal del Derecho. La *Interessenjurisprudenz* se resiste a una tendencia tal, inspirándose más o menos en el teleologismo introducido por Ihering y por las corrientes sociológicas: manteniéndose en una situación ambigua entre lo «jurídico» y lo «social», ve en el momento práctico una misteriosa e irracional fuerza teleológica. «En mis estudios de historia del Derecho —afirma Heck— no abandoné jamás la convicción de que una comprensión de la evolución del Derecho en el pasado ayuda indirectamente a agudizar la mirada para las tareas del presente» (19).

Aun adhiriéndonos a las críticas de los que ponen en evidencia los lados especulativamente poco fundados de tal corriente, opinamos que un examen crítico de la ciencia jurídica europea no debe ignorar la contribución de la *Interessenjurisprudenz* a la edificación de nuestra disciplina. Nos ha dejado un logro difícil y delicado que, si se libera del fondo irracionalista del que está dañado, debería estar en el centro de la especulación jurídica más próxima a nosotros: la jurisprudencia como ciencia práctica.

Es necesario a tal fin que el científico del Derecho se libere del complejo de inferioridad que tiene en cierto sentido, en comparación con la actividad de los científicos de las disciplinas más adelantadas, que ponga en la base de su actividad una «*veram non simulatam philosophiam*», y que busque sobre todo una técnica de la razón más comprensiva y más dúctil, que le permita tener en cuenta el *quid* inalcanzable para una actividad puramente lógica y racional. Una ciencia jurídica que consiga semejante objetivo, rehusando una concepción puramente artificial de la técnica jurídica (implicando la reducción de la actividad del jurista a la del exégeta) y afrontando adecuadamente el problema del valor y de lo irracional en el Derecho, implica una revalorización de los valores sobreentendidos en la experiencia jurídica, que es experiencia «humana» en su aspecto más general.

(19) *Op. cit.*; sobre la función del estudio histórico del Derecho, cfr. capítulo V, § 12.

2. LA TRADICIÓN JURÍDICA ITALIANA

Es un motivo de orgullo para nosotros, italianos, el constatar que la ciencia jurídica de nuestro país (20) ha conciliado las instancias más vivas de la controversia metodológica desarrollada en Alemania en el siglo XIX. Italia es una de las sedes más gloriosas de la ciencia jurídica europea: por la «natural tendencia del intelecto italiano, abominadora de los excesos en toda manifestación de la actividad nacional» (21) se ha tomado del exterior sólo lo que se podía armonizar con la tradición patria. Y del mismo modo también la ciencia jurídica española marcha por la vía de los buenos estudios sistemáticos, sobre todo en el campo del Derecho civil y procesal, como heredera de una tradición que ha resistido siempre al formalismo, poniendo en evidencia la función de la equidad (22).

¿Qué ha sucedido a su vez simultáneamente en Francia, patria de la en un tiempo gloriosa escuela exegetica? ¿Ha conservado su primacía? Parece que no. La ciencia jurídica francesa ha permanecido ligada a la «sistemática del código», mientras, según la lógica

(20) Como ha observado E. ALLORIO, la ciencia italiana «ha sido la única representante de la tradición de los buenos estudios sistemáticos, heredera de una primacía, que la Italia medieval había ya poseído, y que había sido sucesivamente detentada por otras naciones: por la Francia de los juristas humanistas y constructores, por la Holanda del jusnaturalismo y, sobre todo, por los grandes pandectistas sistemáticos, inmediatamente después por la Francia del Código y de los exégetas y, finalmente, por la Alemania del siglo XIX, maestra inolvidable, aunque superada y desfalleciente» («La vita del diritto in Italia», *Jus*, 1950, página 52). Cfr. además las agudas observaciones de F. CARNELUTTI: «Profilo del pensiero giuridico italiano», *Riv. It. per le Scienze Giur.*, 1950, pág. 1: «Al hablar del derecho italiano o del derecho en Italia no me refiero a Italia como expresión geográfica, sino como unidad política; por ello, a la Italia moderna cuya vida cuenta menos de un siglo. Naturalmente, como esta unidad política se ha generado por evolución y por revolución de entidades precedentes, así también el derecho italiano, entendido como derecho de la Italia nacional o de la nación italiana, no ha surgido súbitamente, sino que constituye el producto de una larga historia que retrocede hasta Roma y aun más atrás.»

(21) De este hecho tenían quizá mayor conocimiento juristas de la generación precedente, como EMMANUELE GIANTURCO: *Sistema di diritto civile italiano*, 2.^a ed. Nápoles, 1894; pág. LIII.

(22) Cfr. para lo último, los interesantes estudios sobre la equidad de J. CASTÁN TOBEÑAS: *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*. Madrid, 1950; íd. *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*. Madrid, 1950.

de las cosas, la tendencia sistemática es la conclusión de la exegética. Tal tendencia, en efecto, está implícita en la misma exégesis, en cuanto que no existe exégesis que «se limite, por espíritu práctico y por método teórico, a la tentativa de determinar el contenido de una norma sola, celosa e irremisiblemente aislada» (23). Las causas que han provocado el apartamiento del Derecho francés del progreso científico deben buscarse en el «hábito deductivo cartesiano del espíritu francés», o sea en la preponderancia del método deductivo (24).

La escuela italiana, aun habiendo seguido servilmente a la francesa en la fase inicial, dado que entonces la primacía francesa aparecía indiscutible, ha superado sus posiciones, manteniendo, sin embargo, la fidelidad al principio de la *certeza del Derecho*, principio que no ha sido conmovido ni siquiera por la tendencia antilegislativa del historicismo alemán, que llegó con cierto retraso a nuestro país. Más bien sucedió que floreció justamente sobre la base de los códigos un estudio sistemático del Derecho sobre las huellas de la pandectística alemana: sobre la sistemática de los códigos se ha construido la sistemática del Derecho. Largo y trabajoso es el desarrollo de la ciencia jurídica italiana, que, sin recaer en el sociologismo de la francesa, ha tratado de descubrir los principios del sistema en el mismo código: esto ha sido posible por el hecho de que el código ha sido estudiado en cuanto condensaba la sabiduría de los principios del Derecho romano y de la tradición jurídica patria, y no en cuanto representaba el arbitrio de un legislador.

Se trata, naturalmente, de posiciones alcanzadas a través de una laboriosa conquista de la ciencia, de la cual solamente ahora, en una más amplia perspectiva histórica, es posible tener pleno conocimiento. Hacia finales del siglo XIX —como ha recordado recientemente un ilustre jurista, al hablarnos de su experiencia de estudio en los años universitarios— el estudio de la teoría de las fuentes del Derecho tendía todavía a excluir y eliminar todas las fuentes diversas de la ley: «en el centro de la ciencia jurídica estaba entonces el estudio del Derecho, más bien del Código civil. El Derecho constitucional era más política que Derecho. El Derecho administrativo se confundía con la ciencia de la administración. En lugar de *Derecho procesal* se hablaba todavía de *procedimiento*, casi que-

(23) Cfr. S. PUGLIATTI: «La logica e i concetti giuridici», en *Diritto Civile*. Milán, 1951; pág. 669.

(24) ALLORIO: *Op. cit.*, pág. 55.

riendo decir que no se trataba sino de una técnica para la aplicación de la ley. El Derecho penal se situaba aparte, con una posición todavía oscura en el sistema...» (25).

Feliz ventura ha sido para la ciencia jurídica italiana la circunstancia de que, habiendo tomado los impulsos de la posición eminentemente práctica, empírica, de la escuela exegética francesa, pero haciendo propios sucesivamente los resultados más fecundos de la dogmática alemana (y en particular el estudio sistemático del Derecho), ha evitado tanto el empirismo y la tendencia hacia el sociologismo propia de la escuela francesa, como el abstraccionismo de los alemanes, que individuando siempre un lado más formal del Derecho han llevado a consecuencias extremas la distinción entre estudio teórico e histórico (que en realidad sobreentiende una concepción *técnica* del Derecho). Sobre estas últimas tendencias influyó probablemente el contraste entre los instrumentos tradicionales de la ciencia jurídica y una situación económico-social que, tendiendo a cambiar rápidamente en Francia y en Alemania era intolerante con los valores del pasado: se viene así augurando, en nombre de una filosofía del progreso y de la evolución, una concepción técnica del Derecho en la que éste era considerado como simple medio despojado de todo principio constitutivo; y esto en realidad implicaba una reducción de la experiencia jurídica a experiencia económica o política. El interés se desplazó así de los conceptos jurídicos a la norma, identificada con la *forma*, y considerada en su aspecto general de mandato abstracto que reemplaza a una enorme cantidad de mandamientos (26).

Italia, por su parte, no ha sufrido un cambio tan rápido de su estructura económico-social: y esto quizá ha contribuido al mayor respeto por los valores de la historia y de la tradición. La escuela italiana, realizando un «feliz connubio de la ciencia con la práctica» (27), ha sido casi en su totalidad contraria sea al principio de la ciencia por la ciencia, sea al de un estudio práctico no fundado en principios teóricos: las profundas intuiciones sobre la experien-

(25) F. CARNELUTTI: *Op. cit.*, pág. 3.

(26) Se debe probablemente a F. GENY: *Science et Technique en droit privé positif*, vol. III. París, 1922; págs. 7 y sigs. La concepción del formalismo «sous l'angle pleinement philosophique», en abierta ruptura con toda la tradición jurídica; nos permitimos remitir a nuestros *Contributi ad una teoria pura del diritto*, 1954, págs. 66 y sigs.

(27) E. GIANTURCO: *Op. cit.*, pág. LII.

cia jurídica y sobre el valor de ella, que están en la base de su trabajo, merecerían ser llevadas a un más alto nivel especulativo. Esto ha sido posible por una tradición historicista patria que ha operado durante todas las fases de su desarrollo: las finalidades de este ensayo no nos consienten extendernos sobre el tema, pero nos limitaremos a algunas consideraciones esenciales, con particular consideración de la consecuencia principal, esto es, de la fisonomía que ha asumido en nuestro país el método sistemático en los estudios jurídicos.

Debe recordarse, ante todo, la importancia de la introducción en Francia del Código napoleónico en el plano político además del jurídico: representaba la versión jurídica de los principios racionalistas de la Revolución francesa y, podríamos decir, la *ratio scripta*. La fe absoluta en el legislador, en su racionalidad y previsión, se tradujo en el principio más rígido del positivismo jurídico: «todo está en el Código» (28). Tal concepción respondía, sin duda, a la viva necesidad de la certeza en las relaciones jurídicas; pero en el plano de la ciencia jurídica se traducía en una falta de sentido histórico, en un culto del texto, en una reducción de la ciencia a técnica.

En nuestro país, al contrario, el Código, después de la unificación no fué introducido con finalidades reformadoras, sino en cuanto que era «la manifestación más espléndida de la sabiduría romana» y «su principal contenido era nuestro fruto heredado de la antigua sabiduría» (29). La consecuencia fué que el principio de la estatalidad del Derecho resultó más bien una fórmula cómodamente transmitida de texto en texto, que profundamente sentida. En realidad, esto estaba en la tradición jurídica patria, en cuanto que en tales principios, como veremos, se habían ya inspirado las varias tentativas de codificación efectuadas en Italia desde el siglo XVIII, o sea antes de la unidad nacional.

Pero el punto que apremia poner particularmente de relieve es la

(28) Cfr. J. BONNECASE: *L'école de l'exégèse en droit civile*, 2.^a ed., 1924.

(29) Cfr. el discurso del honorable PISANELLI sobre el proyecto de ley para la publicación del Código civil italiano: «Cuando el Código francés llegó a Italia no fué aceptado como ley impuesta, sino como declaración de derecho común, correspondiente a nuestros sentimientos y a nuestras costumbres. ¿Queréis una prueba? Había en el Código francés alguna disposición que no se correspondía con nuestras costumbres y, aun cuando formaba parte de aquel Código, no fué aceptada» (en E. PACIFICI MAZZONI: *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5.^a ed., vol. I, 1925, página 749).

permanencia de una determinada perspectiva historicista en nuestro país, que ha favorecido una concepción de la ciencia jurídica con contenido propio. Debe recordarse que en nuestra historia jurídica ha estado siempre operando una postura historicista, sobre todo en la cultura meridional, donde, desde el siglo xvii, fuera de los ambientes académicos, se había desarrollado en reacción al método casuístico y práctico de los bartolistas, una tendencia historicista que se inspiraba en los principios de la Escuela culta: esta perspectiva de la ciencia jurídica se puede resumir en el interés por la vida, por la historia, por el contenido del Derecho, y en la desconfianza por los «galimatías» de más allá de los Alpes, propia del buen sentido de los latinos.

Lo extraño es que las ideas de la escuela de Cujacio, difundidas en el siglo xvii, no eran en realidad nuevas: eran las mismas viejas ideas del humanismo italiano que, emigradas al exterior, retornaban. El humanismo, en realidad, había estado vivo en Nápoles y las ideas de sus mejores juristas, desde Alessandro d'Alessandro a Marino Freccia, como nos ha recordado Marini recientemente (30), «habían marchado al extranjero ricas de fermentos, sobre todo en las formulaciones de Cujacio. Volverían al Reino, reelaboradas, ya en la segunda mitad del siglo xvii». ¿Pero en qué consistía propiamente el historicismo de Freccia y de d'Alessandro? En la convicción de que para conocer el Derecho es preciso conocer *la vida y la historia*.

Esta conciencia jurídica meridional está ligada a la formación, desde la Edad Media, de una clase de juristas para sostener los intereses del Gobierno Central contra los feudatarios y la Iglesia. Esta clase, en su lucha por insertarse entre las demás fuerzas con una autonomía y un poder propios, contra el Derecho feudal, apeló al Derecho patrio, es decir, al Derecho romano común, considerado históricamente. Parecían sutilezas jurídicas, pero en realidad se estaban arrojando las semillas de una tradición jurídica que no es solamente meridional, sino italiana en el más amplio sentido del término: o sea, la idea del Derecho como límite al poder político y la concepción de la ciencia del Derecho con contenido propio (31). Estas serán las ideas que

(30) L. MARINI: *Pietro Giannone e il Giannismo a Napoli nel settecento*. Bari, 1950; pág. 12.

(31) Naturalmente, se prescinde en este lugar del problema de si la realidad efectiva en el Reino napolitano correspondía a estos principios jurídicos. Sobre esto, cfr. B. CROCE: *Storia del Regno di Napoli*, 4.ª ed., 1953, págs. 29 y siguientes: «... es de advertir, en primer lugar, que de las recordadas leyes, orde-

encontraremos en el siglo XVIII en los legisladores de varios Estados italianos, y las que, por añadidura, prevalecerán sobre las ideologías foráneas cuando se plasmen en nuestra milenaria sabiduría y experiencia. Son estas ideas las que viven hoy todavía, si bien inconscientemente, en los fundamentos de nuestra ciencia y las que debemos redescubrir.

El interés por la historia jurídica y el Derecho patrio en Nápoles, en la segunda mitad del siglo XVII, estaba casi exclusivamente determinado por la necesidad de *contraponer al Derecho feudal y a las usurpaciones de los barones un Derecho histórico*: y el método histórico que resultó era en realidad el método experimental que ya Telesio y Campanella habían intentado aplicar al dominio de los hechos humanos.

Un historiador y jurista, el abogado Francisco d'Andrea (1625-1698), sintetizó hacia fines del siglo XVII con su pensamiento y su acción las nuevas orientaciones intelectuales «que se encuentran siempre a la cabeza de todas las formas de aquel nuevo movimiento intelectual» (32): a él se debe la reorganización de la Universidad de Nápoles y la elevación de la cátedra de jurisprudencia a «interpretación crítica de las leyes». Influyó mucho sobre aquella escuela de juristas, de la que salió el reformismo napolitano y el nuevo estado intelectual; d'Andrea ha sido definido con razón «el más político entre los *pre-giannoani*» (33) por la exigencia de concreción y, podríamos decir, de mundanidad que caracterizó su pensamiento. Su acción no tuvo solamente el valor de una lucha contingente contra el privilegio, sino que llevó a la creación de una «ciencia que encontró eco profundo en el ánimo de la nación, justamente porque examinaba su parte más vital e interesante: su Derecho. Y lo examinaba no en base a

namientos y conceptos jurídicos, erróneamente se concluiría si se creyera que las condiciones de Italia meridional fueron de hecho mejores que las de Francia, Alemania u otra parte de Europa: una cosa es la forma jurídica abstracta, la *lex sine moribus*, y otra la realidad efectiva; y mirando a ésta, Italia meridional se nos muestra en las historias, en las crónicas, en los documentos, como un país secularmente presa de las usurpaciones y prepotencias de los barones, pobre, con agricultura primitiva, con escasísima riqueza mobiliaria, con servilismo difuso y pareja ferocidad y, en suma, en condiciones nada prósperas, equitativas y benignas.»

(32) B. CROCE: *Op. cit.*, pág. 172. Cfr. sobre d'Andrea la bibliografía citada en L. MARINI, *op. cit.*, pág. 10; cfr. además A. SIMIONI: *Le origini del Risorgimento politico dell'Italia meridionale*. Messina, 1925; págs. 115 y sigs.

(33) MARINI: *Op. cit.*, pág. 23.

presupuestos ajenos al Estado, sino en base a sus necesidades políticas, económicas y sociales» (34).

Esta exigencia de concreción y el tradicional sentido histórico constituirán más tarde un potente freno contra la fe en la razón abstracta cuando en el siglo siguiente penetren en el Sur los principios del iluminismo y del racionalismo con las instancias jurídicas y políticas que sobreentendían. Quedó el respeto a las instituciones del pasado y, en lo íntimo de su tradición, en su positividad podría decirse, se encontraron principios para un nuevo ordenamiento. Los derechos no fueron presentados como producto de las doctrinas jurídicas y filosóficas, sino «como esencia viva y vital, como elemento predominante de la constitución política de la monarquía» (35). La positividad del Derecho no se agrieta por un elemento simultáneamente ideal e histórico e independiente de la voluntad de un legislador.

Justamente esta tradición jurídica vino a dar desde las primeras tentativas una fisonomía particular a las codificaciones italianas, o sea la introducción del Código no se identificó con el fin de la ciencia jurídica, como será temido por Savigny. El Código fué visto no como aplicación de principios revolucionarios o de filosofías abstractas, sino, para repetir las palabras de Brugi, como «una colección de reglas de Derecho común que tienen fuerza de ley por la autoridad del Estado» (36). Una postura tal no implicaba el agotamiento de la función de la ciencia del Derecho, ni la escisión entre estudio teórico y práctico.

Por razones obvias nos limitaremos sólo a algunas consideraciones: recordemos, por ejemplo, el Código estense de 1771 que, según ha demostrado Donati, es obra personal de Bartolomeo Valdrighi. Ahora bien, las ideas de este último se inspiraron en las enseñanzas del precursor de Vico, Gianvincenzo Gravina. Valdrighi volvía a poner el fundamento natural de la legislación no en la perfectibilidad humana, sino en su imperfección, en la injusticia: la legislación no sirve para «escribir en fórmulas este derecho: del Derecho natural toma

(34) MARINI: *Op. cit.*, pág. 26.

(35) SIMIONI: *Op. cit.*, pág. 204. Cfr. las observaciones sobre la escuela jurídica napolitana en el siglo XVIII (C. PECCHIO, N. VALLETA, F. RÖSSI, A. MASCI, etcétera): «Era una admirable comunión de pensamiento jurídico que, exenta de influjos exóticos, buscaba en la tradición vernácula los gérmenes de un nuevo y necesario orden social, y que indicaba a la monarquía en el caso de mostrarse decididamente reformadora, la vía para evitar la revolución con la evolución.»

(36) B. BRUGI: «Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane», *Nuovi Saggi*. Turín, 1921.

la luz que le proviene de su oposición» (37). En particular ve la conexión de la codificación con el Derecho romano común al que se reconocía en la codificación estense la cualidad de fuente subsidiaria (38). Valdrighi reconocía abiertamente la necesidad de una contemporización entre el elemento teórico y el práctico: «la impotencia de este Código para fundar una ciencia del Derecho consistente por sí misma es absolutamente evidente.» Por tanto, no exégesis de las leyes, sino estudio de los principios en ellas sobreentendidos; la jurisprudencia, o ciencia del Derecho, contiene principios filosóficos; «las leyes de la naturaleza y las prescripciones eternas e inmutables de ellas —dice también Valdrighi— deben ocupar principalmente nuestra atención y meditación en el examen y la interpretación de las leyes civiles» (39).

Otra confirmación del escaso interés de los legisladores italianos, antes de la unificación, por los proyectos radicales de reforma, se encuentra en las tentativas de codificación del siglo XVIII en Toscana. También aquí había penetrado en los estudios jurídicos, desde el seiscientos, la dirección *histórica* (40), con la que se pretendía reaccionar frente al tradicional *mos italicus* y se había inaugurado el estudio de los principios jurídicos elementales y fundamentales. En 1745, Francisco de Lorena encargó a Pompeo Neri de redactar un Código de la legislación toscana: el fin era el de reordenar «en un sistema más simple y conveniente a la urgencia de los tiempos presentes, mediante la compilación en un solo Código de las muchas y varias leyes de la Toscana» (41). Neri representaba admirablemente las nuevas orientaciones metodológicas, y aun dándose cuenta de la tendencia estatalista de una codificación, que implicaba necesariamente la eliminación de todas las demás fuentes jurídicas de producción, no per-

(37) B. DONATI: «Codificazione e scienza giuridica, *Archivio Giuridico*, 1918, página 18: «Esta doctrina, que reconocemos como italiana porque combina un elemento ideal y un elemento real para explicar la legislación, es también italiana en los orígenes; se deriva del estudio de Gianvincenzo Gravina, autor de gran renombre, precursor de Vico.»

(38) B. DONATI: *Op. cit.*, pág. 22.

(39) *Op. cit.*, pág. 27: «Esta necesidad de devolver el derecho a la totalidad de sus relaciones, que es necesidad de orden filosófico, está puesta por nuestro autor en la base de la investigación de las leyes positivas y de su aplicación a los casos prácticos.»

(40) V. P. MORTARI: «Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana», *Riv. Ital. S. Giur.*, 1953, pág. 297, y bibl. allí citada.

(41) *Op. cit.*, págs. 321 y sigs.

dió la fe en la racionalidad del Derecho romano «fundado en principios verdaderos e innegables de equidad natural, convenientísimos a la naturaleza humana» (42). En los mismos principios de contemporización entre el elemento teórico y práctico se inspiraron los sucesivos compiladores en las varias fases de las tentativas de formación de un Código unitario en Toscana, como ha demostrado Mortari en su interesante estudio (43).

Probablemente, sólo en algunos centros de la Italia septentrional, como Milán, más abiertos a la filosofía francesa, fueron acogidos con entusiasmo los principios reformistas de un iusnaturalismo iluminista y se auguraba una legislación válida para todos los países de Europa (44).

Sin temor a errar puede afirmarse que los principios del racionalismo iluminista no han sido acogidos plenamente *in genere* en nuestro país: la conciliación entre un elemento ideal y uno real nos ha evitado los excesos de una supina adoración de la voluntad del legislador, que inexplicablemente venía a acordarse con los abstractos ideales de la revolución francesa. Incluso el que había creído en estos ideales acabó reconociendo que de ellos resultaba la discordia entre la teoría y la práctica, «tan entera e irreconciliable que frecuentemente contrastan en el corazón y en el cerebro de un solo hombre» (45). Perdónesenos la digresión de recordar que fué justamente un poeta, Fóscolo, el que nos advirtió el contraste («no diría palabra, si no concerniese a mis tiempos y a mi patria y a mí mismo») en su espléndido discurso en la Universidad de Pavía *Sull'origine e i limiti della giustizia*. El poeta que había exhortado a los italianos al culto de la historia, invitó a tal culto en el estudio de la ciencia de la justicia: «Las ciencias físicas y las artes que engañan el aburrimiento y despejan las tinieblas de la vida comienzan por la experiencia y por los hechos; y ¿por qué no la ciencia de la justicia? Parte de principios; pero, ¿concuerdan los hechos con tales principios?» Y Fóscolo intuyó la posibilidad de estudiar el Derecho sobre la base de la experiencia his-

(42) *Op. cit.*, pág. 321.

(43) *Op. cit.*, cfr. págs. 355 y sigs. sobre las sucesivas tentativas de codificación después de la aparición del Código prusiano y del austríaco.

(44) Tales ideas en realidad estaban vivas entre los pensadores adheridos al movimiento enciclopédico, como ALESSANDRO VERRI, más bien que entre los juristas profesionales.

(45) U. FOSCOLO: «Sull'origine ed i limiti della giustizia», en *Alcuni scritti e dettati inediti*. Plasencia, 1825, pág. 5.

tórica («Lessi le storie»), *observando la experiencia jurídica desde un punto de vista particular*: mirando «las semejanzas que tiene la Justicia con la Fuerza». Desde este punto de vista, desde esta perspectiva, su conclusión fué bastante escéptica, o por lo menos prudente, frente a los principios ciertos y eternos del Derecho natural: «No he hablado sino de lo que he visto, y de ello he sacado las siguientes conclusiones: 1) Que las normas de lo justo, aunque hagan la gloria y la prosperidad de los filósofos, no pueden ser ni conocidas ni practicadas nunca por los pueblos, a los que solamente se puede hablar por medio de leyes positivas...» Esto no implicaba en el pensamiento foscoliano la negación del Derecho natural, sino su mundanización, su busca en el actuar de la historia; en suma: «no podía subsistir por sí y se encontraba siempre inherente a las leyes de un Estado». Solamente allí se le había investigado.

Es precisamente aquí, en la historia de las ideas jurídicas radicadas en nuestro país, donde puede encontrarse la explicación de las características particulares que presenta la ciencia jurídica en Italia actualmente: el sistema de nuestro Código no es ni el sistema de los derechos subjetivos, ni el de los derechos innatos reconocidos por un legislador, según los principios de un iusnaturalismo que venía a identificar necesariamente el Derecho con el Estado (46). La sistemática está esencialmente «extraída del carácter mismo y de los principios de nuestra legislación positiva» (47), entendida en su aspecto histórico y en la inescindibilidad de la forma y el contenido: y esto caracteriza a nuestra sistemática en comparación con las del Derecho francés y el alemán. Siendo el Derecho en un cierto sentido independiente del Estado, según nuestra concepción tradicional, ha teni-

(46) Sobre la relación entre codificación francesa y estatalidad del Derecho, confróntense las observaciones de C. SCHMITT: *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft*. Tubinga, 1949; pág. 31: «Die Rechtsentwicklung Frankreichs, mit ihrer positivistischen Verwandlung des Rechts in die gesetzestaatliche Legalität, stand für die damals herrschende Meinung an der Spitze des Fortschrittes der Zivilisation und der Menschheit... Wenige, unter ihnen Tocqueville, dessen Namen ich schon nannte, haben damals erkannt, dass dieser gerühmte Fortschritt der Zivilisation in Wirklichkeit nichts als eine fortschreitende Zentralisierung war.» Sobre las relaciones entre el sistema del Código prusiano y los principios del iusnaturalismo, cfr. J. F. BEHREND: «Die neueren Privatrechts Kodifikationen», en *Holtendorffs Encyclopädie*, 5.^a ed., Leipzig, 1890; pág. 393.

(47) F. FILOMUSI GUELFÍ: «La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono», en *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, ed. Giuffré, 1949, página 184.

do poco éxito entre los juristas la identificación de la norma con la *forma* (entendida en su sentido filosófico) y, por tanto, una concepción estrechamente técnica del Derecho. Los derechos de los ciudadanos no son considerados dependientes de la voluntad del legislador: este hecho explica cómo justamente en el decenio 1880-1890, en el que la ciencia del Derecho y el mismo Derecho estaban amenazados por las tendencias sociológicas afirmadas en Alemania y Francia (48), la ciencia jurídica en nuestro país venía conquistando una primacía europea en todos los campos, desde el Derecho civil al Derecho procesal. Nuestros juristas, lejos de aceptar una concepción técnica y artificial de su actividad, han advertido el valor de la ciencia del Derecho para la experiencia jurídica, buscando «ciertos principios fundamentales en torno a los cuales acordarse todos» (49), no en una ambigua ciencia de los hechos, sino en el interior de la labor de interpretación del Derecho, en el contenido, en suma, de la ciencia jurídica. Ellos poseyeron bien claro el conocimiento de que la ciencia tiene valores constitutivos que son esencialmente valores individualistas, y que es posible estudiar la experiencia jurídica, considerándola también bajo un aspecto particular como es el que reduce el Derecho a la ley del Estado. Sobre la base de estas profundas convicciones se desenvuelve en Italia la polémica sobre el método y se afirma con una fisonomía particular el estudio sistemático del Derecho (50). Tiende en sustancia no a descubrir principios abstractos, sino una racionalidad que está presupuesta en la norma, porque ésta no puede prescindir de la experiencia jurídica común. El sistema no es, en suma, una técnica que pueda favorecer el arbitrio o el capricho de un legislador cualquiera, sino que busca los principios que son fruto de una común convicción jurídica, «en torno a los cuales concuerdan todos», según la feliz expresión de Gianturco. Se viene así a realizar exactamente en nuestro país la aspiración de la escuela histórica alemana de una conciliación entre el estudio teórico y práctico del Derecho, en tanto que la ciencia jurídica alemana se alejaba de

(48) BONNECASE: *Science du droit et romantisme*, París, 1928; pág. 1. considera la fecha de 1880 como fundamental en la historia de la ciencia jurídica en Francia porque señala el paso de la «Ecole de l'exégèse» a la «Ecole scientifique»; y podríamos añadir, hacía solamente un año había aparecido la primera edición de la obra de RUDOLF V. JHERING, *Zweck im Recht*.

(49) GIANTURCO: *Op. cit.*, pág. LI.

(50) *Op. cit.*, pág. XLVIII.

ella cada vez más, llevando a consecuencias extremas la distinción entre estudio histórico y teórico.

Es en el campo del Derecho privado donde se advierte primeramente la insuficiencia del método exegético, y Emanuele Gianturco, que ya en las *Considerazioni* (51) de 1881 había delineado el nuevo programa metodológico, lo realizó en el *Sistema di diritto civile italiano* (52), con el que se ha educado una generación de juristas. En esta obra del gran civilista napolitano se rechaza una concepción que querría «buscar en el nudo texto los principios reguladores de muchas instituciones, con mucha importancia práctica»; con enorme agudeza histórica se repelen también las instancias de las corrientes sociológicas: «en verdad, todo intelecto —dice él— que no se contente con fórmulas vacías y convencionales, aunque seductoras por la novedad, no puede dar el nombre de ciencia a una aplicación meramente mecánica de la teoría darwiniana a los estudios del Derecho civil.» La desconfianza respecto del evolucionismo imperante en su tiempo no significa renuncia a la posibilidad de buscar principios y constantes en el derecho; antes el jurista tiene en la base de su trabajo la convicción de que existen «principios que están por encima del Derecho privado y de muchas instituciones singulares»: la experiencia del Derecho es unitaria y sería vana la tarea de buscar estos principios, vez por vez, en el curso de investigaciones particulares. La investigación de estos principios que son presupuesto y fundamento de la actividad del legislador es cometido precisamente del *sistema*, «último fruto de una lenta elaboración científica» (53). Es necesario insistir aquí en el hecho de que este movimiento de renovación en el que el nombre de Gianturco se suma al de Margheri, Cimbali, Cogliolo y tantos otros, no significó una supina adhesión al método alemán, sino que tuvo una autonomía propia.

Si del Derecho privado pasamos al público, no nos será difícil observar cómo también en este campo el edificio de la ciencia, que no podía servirse de las sólidas bases de una larga tradición, como en el caso del Derecho privado, ha sido construido mediante una contemporización de «los dos extremos, de la elucubración filosófica y

(51) E. GIANTURCO: «Considerazioni sugli studi del diritto civile e la questione del metodo in Italia», *Il Filangieri*, 1881.

(52) *Op. cit.*

(53) *Op. cit.*, pág. 50.

del comentario vulgar» (54); y esto se debe a Vittorio Emmanuele Orlando. Y aunque aquí el medio empleado haya sido el método sistemático, o sea la consideración del Derecho público como «un complejo de principios jurídicos sistemáticamente coordinados»: el sistema no se emplea para satisfacer las exigencias de una concepción puramente formalista del Derecho, sino, al contrario, para conciliar la división entre estudio teórico y práctico. Orlando, después de haber observado la dificultad de una determinación precisa de los conceptos de teoría y de práctica, observa que frecuentemente la degeneración de la teoría en el Derecho acompaña a la degeneración de la práctica y al abuso de la interpretación exegética. Es solamente el método sistemático el que procura hacerlo coherente con las demás normas; «es la ley la que supone el sistema orgánico del Derecho y no el sistema jurídico el que supone la ley».

Casi al mismo tiempo, el método sistemático era aplicado al Derecho judicial, que, tratado según el método exegético, era una mera técnica: de ella ha salido la ciencia del proceso, asumiendo la denominación de Derecho procesal. También aquí el sistema fué entendido «no como cosa diversa de la ley positiva..., sino como modo de entender nuestra ley y suplir las lagunas y defectos que, en las circunstancias en que fué hecha, no podía evitar» (55). Como ha sido observado por Allorio (56), justamente en el momento en que hervían en Italia los estudios sistemáticos del Derecho procesal por obra de Chiovenda, la ciencia alemana se «desvigorizaba», sufría «un ofuscamiento, preludio de una constatable decadencia, no interrumpida después sino por intermitentes resplandores, hasta hoy». En realidad, en aquel país a las tendencias sociologizantes del Derecho sustantivo, manifestadas en la escuela del Derecho libre y de la jurisprudencia de los intereses, venía a corresponder en el plano del Derecho procesal la tendencia a atribuir al juez un poder creador: y también

(54) V. E. ORLANDO: «I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico» (Prolusione palermitana del 1889), en *Diritto pubblico generale*, ed. Giuffré, 1940, pág. 7: «... verdaderamente no es necesaria la noción precisa de teoría y práctica jurídica para darse inmediatamente cuenta de que en la falta de una concordancia recíproca y armónica de estos dos elementos reside una de las más importantes causas de la confusión y del desorden sistemático que se lamenta hoy en el campo del derecho público.»

(55) G. CHIOVENDA: «Del sistema degli studi del processo civile», en *Nuovi saggi di diritto procesuale civile*. Nápoles, 1912.

(56) E. ALLORIO: «Riflessioni sopra lo svolgimento della scienza processuale», *Jus*, 1950, pág. 91.

aquí esperaba a la ciencia jurídica italiana el cometido de erigir «un dique contra la desvalorización de la cosa juzgada, extraña a la mentalidad de los países latinos» (57).

En conclusión podremos resumir la postura mental de nuestros juristas afirmando que no les interesa el mandato, sino la idea y el concepto que sobreentiende y que lo inspira, idea y concepto que no son expresables en nociones puramente lógicas. Y este interés por los valores de la experiencia jurídica se vuelve a encontrar no sólo en la obra sistemática de los intérpretes, sino también en las corrientes institucionales que han engrandecido el concepto de la juridicidad (58).

Bastaría sólo citar, para convencerse de ello, algunos nombres de nuestros juristas más eminentes que han puesto el acento sobre el carácter contenedor de nuestra ciencia; el estudio del Derecho, aunque formal, tiene un contenido. Una distinción jurídica está ligada a exigencias de orden práctico, y por eso al contenido del Derecho, que ella refleja sobre un plano racional y formal. Los conceptos, y en general el lenguaje del legislador, derivan su significado del Derecho considerado en su sistematicidad orgánica y, por tanto, en su aspecto contenedor. El concepto que el legislador en realidad asume no se toma por el intérprete en su significado gramatical (o científico, cuando se trata de un término científico): el significado debe ser obtenido de nuevo, deducido en armonía con el sistema jurídico. Tomemos, por ejemplo, el concepto de *causa* y veremos la inaplicabilidad del concepto naturalístico a la realidad jurídica: a tal propósito han sido hechas recientemente profundas observaciones por Cariota Ferrara (59), quien ha observado cómo en el estudio del Derecho positivo no se pueden «acoger... los conceptos discutidos de una doctrina filosófica (combatida por las demás) sin demostrar que se han trasfundido en el sistema jurídico»; es necesario, en suma, alejarse del método naturalístico para «situarse en el plano del deber ser». Pero también en el caso de la terminología de una ciencia social, como la económica, el legislador no toma *ut sic* la terminología, y si queremos, por ejemplo, entender el concepto de bien (60) en el sen-

(57) *Op. cit.*, pág. 92.

(58) En Italia, como es sabido, esto se debe sobre todo a la obra de S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*. Florencia, 1946; 2.^a ed.

(59) L. CARIOTA FERRARA: «Problemi di teoria generale nel diritto ereditario», *Riv. Dir. Civ.*, 1955, págs. 34 y sigs.

(60) L. MOSCO: *Scienza giuridica e metodologia giuridica*. Nápoles, 1954; página 37.

tido jurídico, deberemos prescindir del más amplio concepto de la ciencia económica.

Todo esto significa una cosa, y solamente una cosa: que el Derecho y, por tanto, el ordenamiento jurídico, debe ser interpretado sobre la base de sus principios internos. Este es el significado que la *positividad* tiene para el jurista italiano, que, heredero de una gloriosa tradición, ha desvinculado la positividad y la sistematicidad de la estatalidad del Derecho.

Ni siquiera los más rígidos defensores de un método sistemático pueden ignorar la función, por lo menos práctica, de la sistemática, y por ello, de la ciencia jurídica, cuando, en el caso de inspiración contradictoria del legislador, reconocen que el cometido del intérprete es el de «indicar el contraste, sacar a luz lo ilógico de las disposiciones, su carácter de compromiso» (61).

3. SUPERACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE CIENCIA Y TÉCNICA: LA TÉCNICA JURÍDICA Y LA CIENCIA DEL DERECHO. LA CIENCIA JURÍDICA COMO CIENCIA PRÁCTICA

En una época en que la ciencia jurídica, y consecuentemente el Derecho, se va alejando de las «posiciones elementales de la experiencia jurídica» bajo el peso de exigencias políticas y, sobre todo, económicas, es honor de la ciencia jurídica de nuestro país no haberlas abandonado: podemos decir que es digno asilo de nuestro sentimiento jurídico (62). Como ya hemos notado, ha conseguido realizar algunos de los motivos más profundos del historicismo alemán y, en particular, la conciliación entre el elemento teórico y el práctico, el reconocimiento (al menos fáctico) de la ciencia del Derecho como fuente del Derecho y de la extraestatalidad del Derecho civil.

Se trata, como es evidente, de puntos íntimamente conexos; y por tal causa la ciencia jurídica italiana presenta un interés particular a los fines de la superación —en un plano científico y también en un plano más propiamente especulativo— de la distinción entre ciencia y técnica, que es un punto principal del positivismo; tal distin-

(61) E. ALLORIO: *La vita del diritto in Italia*, cit., pág. 63.

(62) Cfr. a tal propósito, con referencia genérica a la ciencia europea, las observaciones de CARL SCHMITT, *Die Lage*, etc., op. cit., pág. 29: «Die Rechtswissenschaft als letztes Asyl der Rechtsbewusstseins.»

ción implica la exclusión de la ciencia de las fuentes del Derecho, que quedan reducidas a una sola, es decir, a la ley entendida como manifestación de la voluntad del Estado. Según tal concepción, propia de la escuela exegética, el Derecho está ya dado, presupuesto, externo, y por tanto la jurisprudencia es empirismo, mera técnica, no búsqueda de principios.

La escuela histórica, poniendo el acento en la conciencia jurídica popular y, por tanto, en la no estatalidad del Derecho, parecía considerar a su vez a la ciencia, al Derecho científico, entre las fuentes del Derecho. De hecho, la ciencia tiene por un lado una función material en cuanto resume «la actividad popular productora del Derecho», y por otro tiene una función puramente formal, científica (63). Aunque Savigny se esforzó por demostrar la acción que ejerce la ciencia sobre el Derecho, fundamentalmente siguió ésta siendo *pasiva* busca de un dato, de un objeto exterior y presupuesto, investigación en suma de un sistema connatural al dato. La ciencia no tiene en esta concepción un contenido propio, no tiene valores constitutivos: es la investigación de un dato que varía y le es externo. Observando con rectitud, en la consideración del Derecho como dato, presupuesto al trabajo de la ciencia, la escuela histórica concordaba sustancialmente con la escuela exegética y preparaba el camino sea a la concepción normativista del Derecho (que fué una versión del positivismo jurídico) sea a las corrientes sociológicas que buscaban el contenido de la norma en una ciencia social.

Tendremos oportunidad de ver en el capítulo siguiente cómo lo que podremos definir como el historicismo jurídico italiano ha estado acertado criticando en la escuela histórica la ausencia de un principio ideal constitutivo, del *quid proprium* de la experiencia jurídica. Ha sido justamente tarea de la ciencia italiana el demostrar la evidencia de un elemento ideal, constitutivo, inseparable del elemento histórico y conexo con sus categorías, con sus conceptos y a través del examen introspectivo de la propia actividad, el reconocimiento de que el sistema, el Derecho, lejos de ser su presupuesto, es el resultado de su trabajo y la ciencia participa, por tanto, en la creación de su objeto.

Entonces, ¿deberemos admitir con Bergbohm (64) que es iusna-

(63) SAVIGNY: *Sistema di diritto romano attuale*, trad. de SCIALOJA. Turín, 1886; pág. 68.

(64) BERGBOHM: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, págs. 521 y sigs.

turalista una concepción que incluye la teoría de la ciencia entre las fuentes del Derecho? El mentís más eficaz nos lo proporciona el hecho de que a tales conclusiones arriba la ciencia sola, sin el auxilio del filósofo, en el terreno de un positivismo que la quería mortificar degradándola al papel de técnica: ella, pues, aun satisfaciendo la instancia de mundanidad del positivismo, ha intuído que en el iusnaturalismo había principios válidos y los ha hecho operantes mientras la propia filosofía académica los ignoraba. Guiada por una ciega fe en la unidad del Derecho, ha profundizado en las más dispares experiencias para demostrar sus afinidades, sus semejanzas; ha construído la teoría del negocio, del delito, del acto jurídico y, al hacerlo, ha mostrado la unidad de la experiencia jurídica: ha desenvuelto, por tanto, una serie de implicaciones especulativas, realizando un cometido filosófico. Frente a una cultura filosófica que no veía en el trabajo de la ciencia sino un pseudoconocimiento del valor contingente, utilitario, la ciencia jurídica ha creído en la verdad y no en la artificialidad de sus conceptos.

Una constatación semejante nos impone la necesidad de indagar los límites de validez de la distinción entre ciencia y técnica en el Derecho: a nuestro modesto entender, tal distinción presupone necesariamente una concepción rígidamente exegética de la jurisprudencia. Bobbio, de hecho, en su aguda investigación derivaba del presupuesto de la jurisprudencia como ciencia normativa, entendiendo con este término «las ciencias que emplean para fines prácticos los resultados teóricos de otras ciencias y que son llamadas ciencias prácticas, ciencias aplicadas o, más simplemente, disciplinas técnicas». Como estas ciencias presuponen una ciencia teórica, toda la investigación de Bobbio versa sobre la determinación de la ciencia teórica que sobreentiende la jurisprudencia entendida como ciencia técnica (65).

Es preciso dar fe de las importantes contribuciones de la distinción entre ciencia y técnica a la clarificación del problema de la na-

(65) N. BOBBIO: *Scienza e tecnica del diritto*. Turín, 1934; pág. 9; en la página 14: «De cualquier modo que se responda a la pregunta de cuál sea la ciencia teórica que está en la base de la jurisprudencia, considerada como ciencia normativa, se encuentra la exigencia de una ciencia jurídica no normativa, esto es, de una verdadera y propia ciencia que las más de las veces escapa a la atención porque está comprendida y confundida en el nombre genérico de jurisprudencia.» Para los ulteriores desarrollos del pensamiento de BOBBIO, cfr. *Teoría della Scienza giuridica*. Turín, 1950.

turalidad de la jurisprudencia desde la famosa obra de Geny: o sea que, para ser ciencia, es necesario encontrar principios y conocimientos sistemáticos, y que ni principios ni conocimientos ordenados en sistemas se dan en la empirie de una técnica; en particular, en Geny, una distinción tal no estaba separada de un sentido histórico, de un interés por la vida. Pero si tal distinción ha tenido el mérito enorme de criticar una particular concepción de la ciencia jurídica (la exegética), ha errado al anular y difamar la ciencia jurídica misma, buscando los «principios» fuera del Derecho, en la política, en la sociología, en una ciencia eidética. En esta investigación, la verdadera ciencia jurídica, aquella con la que trabajan los juristas, se descuidaba bastante. El interés por la vida, por la historia, se resolvía en definitiva en una misteriosa e irracional fuerza teleológica: no se tenía realmente en consideración la importancia para la vida y para la historia de las soluciones de la ciencia.

La distinción entre ciencia y técnica viene así en definitiva a concordar con la conclusión de la escuela exegética en este punto: en que el Derecho es algo dado, presupuesto, y que, por consiguiente, la ciencia jurídica no participa en la creación de su «objeto». Y siempre que mediante una distinción entre ciencia y técnica no se ha exasperado la distinción entre un mundo de esencias y un mundo de hechos, ¿qué se ha hecho sino desconocer la existencia de un *quid proprium* de la experiencia jurídica, reducida en definitiva a experiencia política o a experiencia económica?

Pero, ¿qué piensa de esto el técnico del Derecho? ¿Que su trabajo se puede reducir al plano de una mera empirie en la que no se pueden encontrar principios y conocimientos ordenados sistemáticamente, sino unas pocas reglas para la interpretación del dato? Nada de esto. El tiene una primera certeza: que la técnica jurídica no tiene nada de artificial, de arbitrario en suma; es la única ciencia del Derecho que él conoce. En un ensayo fundamental sobre el tema, Scaduto ha evidenciado que ella representa el único medio de progreso y de desarrollo del Derecho constituido: «no es posible hacer de menos a la técnica jurídica, ya que constituye la misma ciencia del Derecho, teniendo en cuenta los medios para conseguirla, y no está justificada la acusación de artificio formulada contra ella» (66). De

(66) G. SCADUTO: «Sulla tecnica giuridica», *Riv. Dir. Civ.*, 1927, pág. 239; B. DONATI: *Fondazione della scienza del diritto*, Padua, 1929 (y bibl. allí citada); cfr. en la pág. 69 y sigs.: «... ni siquiera desde un punto de vista lógico es posible una distinción de ciencia y técnica, según que se mire a este o aquel as-

hecho, ¿cuáles son los instrumentos de esta técnica? Conceptos e instrumentos conceptuales, ¿para qué sirven? Para interpretar. La técnica jurídica es, pues, esencialmente una técnica interpretativa y el problema de la interpretación es el problema *tout court* de la ciencia jurídica. La interpretación está en función de la sistematización (para determinar los «principios en torno a los cuales concuerdan todos», según la feliz expresión de Gianturco) y la sistematización está en función de la interpretación.

La técnica (o la ciencia del Derecho) está por tanto íntimamente ligada a su objeto en cuanto que el conocimiento del Derecho no se puede obtener independientemente de los instrumentos conceptuales con los que opera la ciencia jurídica. Interpretación del Derecho y conceptos jurídicos son, pues, fenómenos íntimamente conexos; pero estos conceptos, fruto de una larga tradición histórica, no tienen tanto la función representativa de la realidad jurídica, cuanto una función sustitutiva: «representación pobre por tradicional; pero, por pobre, capaz de proporcionar materia para una elaboración jurídica de valor casi universal en el tiempo y en el espacio» (67). Por bajo de estos conceptos está la intuición de que hay constantes en la naturaleza humana y, por tanto, hechos e instituciones que se repiten.

Con todo, esto no se percibe bastante bien bajo el entusiasmo de una filosofía que podría hacer creer en una incesante evolución del Derecho; el científico del Derecho, que no sólo estudia, sino que participa en la experiencia jurídica, conoce sus persistencias que la hacen irreductible a otras experiencias. Y estas persistencias se reflejan en los conceptos de la ciencia con la que él trabaja (68).

Un ilustre jurista francés, al hacer el balance de medio siglo

pecto del fenómeno... Actuar es adaptación de medios a fines; la actuación técnica (la actuación por excelencia), para distinguirla de la *vulgar*, se tiene cuando se actúa, en correlación con las leyes que gobiernan en su conexión los elementos entre los que se inserta el acto humano. La técnica es *actuar con ciencia*; no es solamente un *hacer*, sino un *saber hacer*.» Cfr. también PUGLIATTI, *op. cit.*, páginas 55 y sigs.

(67) F. VASSALLI: «Arte e vita nel diritto civile», *Riv. Dir. Civ.*, 1931, página 114.

(68) VASSALLI: *Op. cit.*, pág. 113; se observa que en el Código está presupuesto «un principio general de identidad del hombre con el hombre, eliminada toda distinción de clases o categorías sociales y, en general, ignorada la noción rica y compleja del hombre que la fisiología, la psicología y la sociología tienden a presentarnos; el hombre está esquematizado en una voluntad que da o niega su consentimiento».

de vida jurídica en su país (69) (y es de notar que Francia ha sufrido en este período un profundo cambio económico y político), observaba, en 1950, que eran todavía válidas las mismas normas de principios de siglo. Y, señala también Ripert, que estas normas eran también válidas antes del Código y antes del *Ancien Régime*; antes, asimismo del Derecho antiguo y hasta del Derecho romano, con cuya terminología se citan hoy. Con estas afirmaciones Ripert —y esto lo aclara mejor en un reciente trabajo— no pretende negar la existencia de normas nuevas, sino simplemente constatar que está «en su naturaleza» el no cambiar; tan es verdad que la novedad y los principios nuevos toman «des vêtements usagés» (70). Una sola novedad hay en el juego de la experiencia jurídica y es que algunos hombres pierden derechos adquiridos por otros: «el vencedor se lleva los despojos del vencido. Es una transferencia, no una transformación.»

Una vez admitida, pues, la enorme función que tienen los conceptos en la actividad del jurista, el problema de la interpretación no puede plantearse en términos radicales: *actividad* o *pasividad* del intérprete, función del intelecto o función de la voluntad. El intérprete realmente se sirve de los conceptos, no como de algo arbitrario y utilitario, sino como de una perspectiva que le permite individuar la experiencia jurídica; la norma, por tanto, no está *dada*, presupuesta, es el resultado —y esto ha sido observado muchas veces por Capograssi— de la colaboración de la ciencia, de su interés por las soluciones de la experiencia, que son siempre nuevas, individuales, históricas. Pero este interés por la vida no debe ser puramente pasivo, como en el caso de las doctrinas que ven el ordenamiento jurídico en una continua evolución (71) y, por tanto, la actividad del individuo como puramente intelectual.

El problema es el de determinar los límites dentro de los que la

(69) G. RIPERT: «Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique», *Recueil Dalloz*, 1950, II, pág. 1.

(70) G. RIPERT: *Les forces créatrices du droit*. París, 1955; pág. 4: «Quand je dis que la notion du droit est une notion statique, je n'entends pas par là que les règles n'aient pas changé et ne changeront pas, mais je veux affirmer qu'il est dans leur nature de durer et non de changer.»

(71) ROMANO, para el que «lo que evoluciona, lo que no puede no evolucionar, lo que debe evolucionar no es la interpretación, sino el ordenamiento jurídico que es objeto de la interpretación» opina que «la verdadera interpretación es una operación intelectual... No se resuelve en un acto de voluntad sino en una simple cognición del derecho vigente» (*Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, página 119 y sigs.)

interpretación es actividad creadora, dado que los instrumentos conceptuales de que se sirve no le permiten el arbitrio, sino sólo calificar algunas experiencias comunes como experiencias jurídicas. También en el campo de la interpretación la ciencia italiana, por medio sobre todo de los trabajos de Betti, ha sido capaz de superar la unilateralidad de las dos concepciones mostrando cómo «... el oficio de interpretar que corresponde al jurista, no se agota en volver a conocer una manifestación de pensamiento, sino que va más allá del puro reconocimiento de ella, para reintegrarla y realizarla en la vida de relación en orden a la composición preventiva de los conflictos de intereses previsibles en ella» (72). La interpretación tiene el fin práctico de obtener del *contenido* de la norma, considerada en su sistematicidad, orientaciones y directivas para la interpretación. Así, en esta concepción, intelecto y voluntad cesan de ser términos en contraposición; del papel que juegan en el proceso de la interpretación podremos recabar útiles indicaciones para determinar la naturaleza de la ciencia jurídica.

La interpretación jurídica no se agota, pues, en la reconstrucción de una manifestación de pensamiento (como en el caso de la interpretación histórica); a través del resultado intelectual de dicho reconocimiento el intérprete mira hacia un resultado *práctico*, o sea a la regulación de un conflicto de intereses para el que la interpretación jurídica es una «forma de interpretación en función normativa». Y esta interpretación es perseguida y analizada por Betti en todas las fases de la *vida* del Derecho (interpretación y aplicación, interpretación y calificación jurídica, interpretación y construcción dogmática), poniendo de relieve el papel de la interpretación en la evolución del derecho y el nexo entre interpretación e integración. En la tradición de nuestro pensamiento jurídico somete a una severa crítica al dogma de la «voluntad legislativa» y analiza su-

(72) E. BETTI: *Le categorie civilistiche della interpretazione*, Milán, 1949; páginas 30 y sigs. Desde este primer trabajo, BETTI se propuso fundar una teoría general de la interpretación que comprendiese todos los planos de la actividad espiritual; para un amplio examen de toda la compleja obra de BETTI, que desde el punto de vista filosófico se funda en el concepto de «forma representativa» tomado de la especulación de BARATONO, cfr. P. DE FRANCISCI, «Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione», *Riv. Italiana per le scienze giuridiche*, 1951, página 1. (al que remitimos para la bibl. de las obras de Betti; añádase la reciente *Teoría generale dell'interpretazione*. Milán, 1955; vol. 2).

cesivamente la *ratio iuris* en la interpretación de la ley en sus fases: lógica del lenguaje (objeto de interpretación filológica); lógica de la materia de estudio (objeto de interpretación histórica y técnica); lógica del Derecho, en fin, que es «lógica de la disciplina jurídica en discusión, en su doble momento sistemático y teleológico, mirando a la totalidad del orden jurídico y, por tanto, a la coherencia de la norma en discusión con otras normas y con los principios generales y mirando además al problema práctico que con ella se resuelve, y a las repercusiones sociales de una determinada manera de entender su solución» (73).

Dado el «doble momento sistemático y teleológico» de la interpretación, sería un «prejuicio logístico» identificar la lógica del Derecho con la lógica formal, en cuanto que el intérprete no realiza una operación de naturaleza aritmética y sí una apreciación, una valoración de intereses. Una perspectiva antiintelectual es evidente en todos los trabajos de Betti, también a propósito del problema de las lagunas, en cuanto rechaza el prejuicio (propio de los «positivistas del Derecho») de una totalidad lógica del Derecho positivo: Betti observa que en realidad no se trata de totalidad, sino de coherencia (para la que la totalidad es solamente una meta ideal jamás alcanzada); no se trata de universalidad, como se pretende, sino de una totalidad espiritual en la que está ínsita una virtualidad que excede y sobrepasa las manifestaciones singulares y comporta la exigencia de una integración y de un despliegue ulterior» (74).

Los principios generales del Derecho no son aquí principios obtenidos a través de un puro procedimiento abstractivo; en ellos hay una *fuerza de expansión* que no es de naturaleza lógica, sino de naturaleza axiológica: principio es esencialmente «el pensamiento, la idea germinal, el criterio de valoración, del que la norma constituye la realización, sometida a una formulación específica» (75).

Es evidente cómo en esta concepción de Betti afloran las posiciones que estaban implícitas en la filosofía iusnaturalista y que en parte fueron absorbidas por la dogmática jurídica, como ya hemos indicado; de hecho, él contrapone al positivismo jurídico justamente las teorías que para justificar los principios generales han puesto en evidencia la existencia en ellos de un «excedente de contenido»

(73) BETTI: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milán, 1949: páginas 181 y sigs.

(74) BETTI: *Op. cit.*, pág. 202.

(75) *Ibid.*, pág. 207.

axiológico», y que por tanto se refunden con el Derecho natural. A tales teorías toca realmente el mérito de haber evidenciado que en los principios generales está cristalizado el aspecto constitutivo de la experiencia jurídica; por tanto, tales principios son considerados también desde un punto de vista dinámico: más bien que normas son principios de normas que hincan sus raíces en exigencias deontológicas y de justicia.

La postura antinaturalista y antiobjetivista de Betti se revela particularmente polémica frente a la ilusión de que los hechos de la vida, una vez estudiados y analizados en sus elementos objetivos, en sus exigencias económicas y sociales, revelan por sí mismos la norma para su regularización: «no se trata de registrar *ab extra* datos naturales, sino de apreciar exigencias de la vida social», y en esta apreciación toda sociedad «ve lo que tiene en el corazón» (76). Es fundamental, en suma, no la naturaleza de las cosas, sino la *valoración*, lo que es cometido de la conciencia social del tiempo de que es órgano la jurisprudencia, sea teórica (ciencia jurídica), sea práctica. Betti, sin embargo, no llega a la inclusión de la ciencia del Derecho entre las fuentes del Derecho: es necesario permanecer «en el ámbito de la pura interpretación, siempre subordinada a valoraciones inmanentes y latentes en el mismo orden jurídico, si bien encuadrada en el *ethos* social del tiempo» (77).

Esta digresión sobre la importante obra de Betti está justificada por los nexos que deja entrever entre el valor creador (al menos fácticamente) de la interpretación jurídica y la actividad sistemática de la ciencia jurídica, que no prescinde del mundo de los valores. Justamente en el terreno de la sistemática es posible percatarse de la medida en que la ciencia jurídica italiana en general se ha alejado de los prejuicios del positivismo jurídico y, en particular, del de la estatalidad del Derecho: en el estudio de las normas, el momento de la racionalidad prevalece sobre el de la imperatividad, dado que interesa, no el mandato en su individualidad, sino el Derecho en su organicidad, con el que debe estar de acuerdo el mandato singular: *ex iure regula*. Si la norma viene así a perder, en cierto sentido, su

(76) *Ibid.*, pág. 215.

(77) *Ibid.*, págs. 219 y sígs. Los valores de la cultura sobre los que ha llamado la atención R. TREVES (*Diritto e Cultura*, Turín, 1947) penetran en el derecho a través de la interpretación considerada como el instrumento principal de la ciencia jurídica.

carácter de arbitrariedad, la técnica se despoja de su artificialidad: el Derecho, en su aspecto general, viene a interesar por su contenido, o sea, por las certezas que ha reunido en torno a la experiencia jurídica en el curso de varios experimentos intentados en un largo período histórico. Una confirmación de estas certezas se encuentra en algunas intuiciones que el científico, o si se quiere el técnico del Derecho, pone como fundamento de su propio trabajo: la extraestatalidad del Derecho civil, la jurisprudencia como ciencia práctica y, la más importante, la unidad de la ciencia jurídica.

Aun cuando se habla de extraestatalidad del Derecho, no se pretende negar la existencia de algunos campos en los que la legislación y la reglamentación del Estado se convierten en indispensables y justificadas. Pero no es este el caso del Derecho civil donde «el Derecho se ha sustraído siempre al arbitrio de los Estados, y esto le ha asegurado caracteres de excelencia, de nobleza y de universalidad a través de los siglos, puesto que la razón tiene validez universal entre los hombres y hay una notable constancia en la relación entre la naturaleza humana y los medios para satisfacer sus necesidades, de lo que justamente se ocupa el Derecho en cuestiones de familia y de bienes» (78). Pero es que aunque el Derecho civil apareciese dado por la autoridad del Estado, a la ciencia del Derecho interesa esencialmente poner en evidencia la «justicia» de la solución legislativa y su coherencia con las demás soluciones, individuando las que concuerdan con la experiencia jurídica.

El legislador, por su parte, tiene «la obligación de escoger la solución justa, pasando por alto las que en el curso de los siglos, después de muchos debates, fueron rechazadas por inconvenientes» (79); la justicia, en suma, es elemento fundamental de la solución, para que en resumidas cuentas «el ciudadano sienta el deber de observar la ley (se entiende estatal). Y no sea constreñido, por el contrario, a referirse a un ordenamiento diverso» (80). Pero el ordenamiento estatal no es el único ordenamiento, como han demostrado las corrientes institucionales: y el mismo legislador tiene la intuición de este hecho cuando admite el reenvío a otros ordenamientos o cuando admite la

(78) F. VASSALLI: «Estrastatualità del diritto civile», en *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. II, pág. 484.

(79) G. STOLFI: *Teoria del negozio giuridico*. Padua, 1947; pág. XIII.

(80) *Ibid.*

posibilidad de decidir según la equidad (81). Una profunda convicción de la extraestatalidad del Derecho se da en campos tales como el Derecho mercantil, el Derecho de trabajo, etc., donde los juristas reivindican el carácter profesional de su ciencia (82).

Inclusive en la afirmación del carácter profesional de la ciencia jurídica está incluida otra profunda intuición, la de que la ciencia del Derecho no conoce su objeto del exterior como las ciencias de la naturaleza (83), sino que participa en la formación del objeto: es sustancialmente una ciencia práctica. Tal término no significa empirie o mera técnica, en la que no se puedan encontrar principios (y por tanto no pueda constituirse una ciencia). Su actuar presupone y está íntimamente ligado a un conocer y, por ende, no es un actuar arbitrario o aferrado al caso, en cuanto que tiene sus leyes constitutivas.

En todo caso, cuantas veces la ciencia jurídica italiana ha mostrado el vínculo que tiene con el uso práctico, no ha resbalado al terreno del teleologismo que ha reprochado a las corrientes anti-formalistas alemanas, sino que ha querido esclarecer, con más madurez, que no persigue finalidades cognoscitivas puras: es una ciencia «en el doble aspecto teórico y práctico», como todavía recientemente ha remachado Pugliatti (84). En un ensayo fundamental sobre el tema, este ilustre jurista ha demostrado cómo hay un único punto firme para permanecer en el ámbito de una experiencia real, y es el afirmar «que la *ratio* que unifica el sistema de las normas y de los principios jurídicos es razón *práctica* y no simplemente lógica» (85). Partir

(81) *Ibid.*, en nota, con referencia al art. 806, C. p. c.

(82) Baste pensar en toda la obra realizada en el campo del Derecho comercial por VIVANTE, al que corresponde el mérito de haber evidenciado que el Derecho comercial es esencialmente ciencia de observación; cfr. a este propósito las observaciones de J. ESCARRA: «L'autonomie du droit commercial», *Studi Vivante*, I, pág. 379. Sobre el carácter profesional del Derecho del trabajo, confróntese P. DURAND y R. JAUSSAUD: *Traité de droit du travail*, París, 1947; páginas 124 y sigs.; sobre el Derecho internacional privado, cfr. las observaciones de MAURY: «De quelques grands problèmes de droit international privé», *Nouv. Rev. de Droit Intern. Privé*, 1943, pág. 35.

(83) G. CAPOCRASI: «Leggendo la «Metodologia del diritto» di Carnelutti», *Riv. intern di filosofia del diritto*, 1940, pág. 20.

(84) S. PUGLIATI: «La giurisprudenza come scienza pratica», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950. Cfr. además GIACCHI: «Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna», *Annali Macerata*, 1939, pág. 184; L. Mosco: *Scienza giuridica e metodologia giuridica*. Nápoles, 1954; págs. 18 y sigs.

(85) *Op. cit.*, pág. 58.

de una perspectiva semejante significa «poner la metodología jurídica sobre carriles de concreción», a través de un «entendimiento» entre las dos tendencias extremas, que implica una orientación de toda la construcción hacia la historia, evitando, sin embargo, los peligros del relativismo y del irracionalismo y, consecuentemente, del arbitrio: «entre relativismo y arbitrio la separación es sensible. No se debe olvidar que tenemos que tratar con «hechos» y «valores». Estos no son únicamente fuentes de calificación de los hechos, sino categorías científicas que ofrecen criterios de juicio ineliminables, porque representan una orientación originaria del espíritu humano, que tiende a valorar» (86). Lo que está en el centro de la ciencia jurídica es el valor, porque representa «para las ciencias del espíritu lo que el principio de causalidad para las ciencias naturales». Pero la admisión de estos elementos subjetivos no implica irracionalismo; porque la objetividad humana es relativa: podríamos decir que la objetividad en el mundo humano es la subjetividad, la referencia a valores, porque no existe una subjetividad absoluta. Los procesos valorativos están ligados a la personalidad del intérprete, sin depender, empero, de «accidentes e irracionales preferencias personales»; o sea, en ellos hay una objetividad.

De las consideraciones precedentes debería sacarse la conclusión de la peculiaridad de la técnica de la razón que es válida en el derecho; la limitada validez en el derecho de la Razón, con «R» mayúscula, no nos debe quitar la fe en la razón humana. Característica de la técnica particular que es la «razón práctica», para decirlo con Pugliatti, es el estar íntimamente ligada a su objeto. Mientras en las llamadas ciencias naturales el objeto es exterior al científico, y, por tanto, la ciencia que tiene finalidades puramente teóricas se distingue de la técnica (que tiene finalidades prácticas), en las ciencias de la acción la ciencia está ligada a su objeto: la distinción entre conocer y actuar y, por consiguiente, entre ciencia y técnica se hace más difícil: podría decirse que el hacer del derecho es un modo de conocerlo (87).

(86) *Op. cit.*, pág. 71.

(87) A una conclusión semejante («el concebir, de un modo determinado, el derecho es un modo de hacerlo, y el hacerlo, un modo de concebirlo»), llega CESARINI SFORZA, partiendo de una posición según la cual la definición filosófica del Derecho «debe sacarla el pensamiento de sí mismo» (*Filosofía del diritto*, Milán, 1955; pág. 5).

Así como el hacer en el derecho está íntimamente conexo a una actividad cognoscitiva, en el plano del sistema está reflejado un aspecto particular de la experiencia jurídica: o mejor, la experiencia jurídica en su unidad, vista desde una particular perspectiva. Que la experiencia jurídica sea unitaria resulta claro al jurista que ha llegado a la idea de la unidad del derecho, idea que subyace a las varias tentativas de formulación de teorías generales. Pero en esta labor de unificación de la experiencia jurídica la obra del científico está vecina a la del filósofo: de hecho la sistematicidad (como ya indicaba Filomusi Guelfi) «es cualidad imprescindible del pensamiento que aspira a darse cuenta de la realidad en la totalidad de sus relaciones» (88). Y el científico tiene conocimiento de este hecho, sabe que en torno a su trabajo hay «un halo filosófico, del que, muy frecuentemente, no tienen conocimiento los filósofos ni los científicos, con daño para todos, pero quizá todavía más para los filósofos» (89).

En conclusión, podríamos decir que la inaplicabilidad de los métodos de la ciencia naturalística a la ciencia jurídica está conexas al hecho de que el objeto de esta última no está ya dado: no existe, pues, la posibilidad de una pura actividad clasificadora y abstrayente, que no nos sepa decir nada de la acción nueva, como ha observado Bagolini. Participando en la creación de su objeto, la ciencia del derecho tiene un valor cognoscitivo en cuanto estudia la experiencia jurídica: no tiene un valor puramente utilitario, clasificatorio; sus instrumentos no son *pseudoconceptos* en cuanto que reflejan en el plano lógico las constantes de la experiencia, para usar una expresión de Capograssi.

Una constatación semejante nos obliga a considerar de nuevo la relación consolidada en el presente, entre filosofía y ciencia: la ciencia jurídica tiene valor cognoscitivo y está muy cercana a las posiciones de la especulación filosófica contemporánea, que ha situado el «valor» en el centro de su atención; y al estudio del problema del valor puede aportar la contribución de una experiencia secular. Una

(88) F. LÓPEZ DE OÑATE: «Studi filosofici sulla scienza del diritto», en *Annali della R. Università di Macerata*, 1939, vol. XII-XIII, pág. 277: «no debe pensarse que solamente el pensamiento filosófico tenga —en cuanto que le es un elemento indispensable— la característica de la sistematicidad».

(89) F. CARNELUTTI: *Teoria generale del diritto*, 3.^a ed., Roma, 1951; página XIX.

conclusión nos parece cierta entonces: que el estudio filosófico del derecho, entendido como estudio de la experiencia jurídica, no puede conducirse independientemente del estudio de las certezas que están en la base del trabajo del científico. Si ha sido dañina la ambición del positivismo de elevar la ciencia a dignidad filosófica, todavía más peligroso sería querer mantener hoy, en el campo del derecho, una neta distinción entre estudio filosófico y estudio científico.

ALESSANDRO GIULIANI

(Traducido por SALUSTIANO DEL CAMPO URBANO.)

BIBLIOGRAFIA

